ARTICLE

LA DÉRIVE DE L'INDIVISION VERS LA SOCIÉTÉ : QUAND L'INDIVISION SE CONJUGUE AVEC LA SOCIÉTÉ

par Charlaine BOUCHARD*
Lucie LAFLAMME**

La réforme opérée par le Code civil du Québec *a rapproché les régimes juridiques de la société et celui de l'indivision. Le parallélisme est aujourd'hui tellement éclatant qu'il remet en question tous les critères traditionnels de distinction. Les conséquences de la réforme ne s'arrêtent cependant pas là.*

L'indivision et la société en participation peuvent depuis 1994 être superposées et donner lieu à l'éclatement d'une toute nouvelle technique juridique, qui se distingue tant de la société que de l'indivision. En effet, l'amalgame des régimes juridiques modifie la dynamique des associés à l'égard des tiers. La société se voit ainsi dotée de certaines caractéristiques que ne détenait aucune des institutions d'origine.

In its reform of the civil law, the Civil Code of Québec *has drawn together two juridical regimes, namely partnership and indivision. The parallels are now so striking that they call into question the traditional criteria of distinction. The consequences of the reform do not, however, end here.*

Since 1994, indivision and undeclared partnership can be readily superimposed and give rise to a new juridical technique which is as distinct from the notion of partnership as it is from that of indivision. In effect, this amalgamation of juridical regimes modifies the relationship between the partners and third parties. Partnerships are thus imbued with attributes which were unknown to the original institutions.

---

*. Notaire, professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval.
**. Notaire, professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE 319

I. La société ou l'indivision : l'autonomie des techniques juridiques 320
- A. Le choix entre les organisations 320
  - 1. Le rapprochement entre les régimes juridiques . . 321
  - 2. L'intérêt du maintien de la distinction 324
- B. Le raffinement de la distinction 327
  - 1. Les arguments théoriques 327
  - 2. La difficile qualification pratique 329
    - a. Les critères objectifs 329
    - b. L'émergence d'un critère subjectif 332

II. L'indivision dans la société en participation : l'éclosion d'une nouvelle technique juridique 335
- A. La gestion des biens indivis 336
  - 1. Le régime de droit commun 337
  - 2. Le régime conventionnel 338
- B. L'incidence du patrimoine indivis sur la notion de société 341
  - 1. La corrélation entre la révélation de la société et l'existence d'une masse indivise 343
  - 2. L'étendue du gage des créanciers 347

Conclusion 348

INTRODUCTION GÉNÉRALE

La société et la copropriété tirent toutes deux leur origine du consortium romain[1]. À cette époque, la société n'est pas opposable aux tiers et les associés sont copropriétaires des biens[2]. L'absence de doctrine juridique empêche de poser un diagnostique valable sur l'intervalle entre le droit romain et l'époque médiévale. En droit coutumier, s'il existe une distinction entre les deux, les auteurs n'y insistent guère[3]. Il en ira de même jusqu'à la fin de l'Ancien droit, où la distinction est extrêmement ténue entre les concepts : «Si les indivisions contractuelles ont été aussi facilement assimilées aux sociétés, c'est que, jusqu'à la fin de l'Ancien droit, les sociétés étaient elles-mêmes des indivisions[4]». C'est la reconnaissance, en France, de la personnalité morale aux sociétés de personnes qui aura permis véritablement de distinguer la société de l'indivision. La dynamique ne fut guère différente de ce côté de l'Atlantique. Le droit français fut importé et, jusqu'à tout récemment, c'est la théorie de la réalité de la personne morale[5] qui a constitué le critère de distinction entre les notions.

Le nouveau *Code civil* transforme complètement le panorama et remet en question la catégorisation traditionnelle des groupements. Les sociétés de personnes sont aujourd'hui dénuées de la qualité de personne morale alors que l'indivision, par tradition inorganisée, est dotée d'un régime de gestion. Que conclure d'un tel remaniement? Dans cet environnement juridique moderne, la question de la distinction entre la société et l'indivision revêt à nouveau un grand intérêt.

L'indivision est aujourd'hui organisée selon un régime qui la rapproche étroitement de la société; les sociétés en nom collectif et en commandite sont dépourvues de personnalité morale et celles en participation peuvent fonctionner

---

1. F. Delhay, *La nature juridique de l'indivision : Contribution à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec les notions de société civile et de personnalité morale*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1968 au n° 176 à la p. 268; F. Dekeuwer-Desfossez, «L'indivision dans les sociétés en participation», [1980] J.C.P., I-Doctrine 2970.
2. P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8e éd., Paris, Arthur Rousseau, 1929.
3. F. Delhay, *supra* note 1, nos 24 et s. à la p. 42 et s.
4. *Ibid*. au n° 30 à la p. 50.
5. C. Bouchard, *La personnalité morale démythifiée*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1997.

à l'aide de l'indivision. Que comprendre de telles mutations au regard de l'analyse traditionnelle? Qu'est-ce qui distingue aujourd'hui l'indivision de la société? Pourquoi avoir rapproché les deux régimes tout en conservant leur identité respective? N'y a-t-il pas risque de confusion entre les organisations?

Pour répondre à ces questions, il faudra expliquer pourquoi le législateur a conservé l'autonomie juridique de la société et de l'indivision (I.), tout en autorisant, dans certaines situations, l'enchevêtrement de ces techniques juridiques (II.).

I. La société ou l'indivision : l'autonomie des techniques juridiques

Si traditionnellement l'indivision, état passif et précaire, était considérée comme une technique inférieure à celle de la société, stable et voulue, il n'en est plus ainsi aujourd'hui. Depuis la réforme du *C.c.Q.,* un groupement a véritablement le choix entre l'indivision et la société pour la gestion de son bien (A.). Ce qui ne signifie pas pour autant que ces groupements aient perdu toute identité propre. Le législateur a tenu à conserver les deux institutions[6], même en atténuant leurs différences, car il considérait qu'elles apportaient des solutions à des conjonctures distinctes (B.).

A. Le choix entre les organisations

Si le régime juridique de l'indivision se rapproche sur plusieurs points de celui de la société, il en diffère aussi sur plusieurs éléments. La présente section aura pour objectif de présenter les points de jonction entre les institutions (1.), mais aussi les points de frottement qui, malgré le rapprochement, demeurent importants (2.).

---

6. Le législateur du *C.c.B.-C.*, tout comme les premiers commentateurs de ce Code, avait une piètre opinion de l'indivision : F. Langelier, *Cours de droit civil de la Province de Québec*, t. 2, Montréal, Wilson et Lafleur, 1906 aux pp. 446-447; P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 3, Montréal, C. Théorêt, 1897 à la p. 483; L. Faribault, *Traité de droit civil du Québec*, t. 4, Montréal, Wilson et Lafleur, 1954 aux pp. 385-386. Au début du siècle dernier, on a par ailleurs suggéré de remplacer les deux notions – la société et l'indivision – par celle de propriété collective : L. Josserand, «Essai sur la propriété collective» dans *Le Code civil 1804-1904 : livre du Centenaire*, t. 1, Paris, Libraire Arthur Rousseau, 1904 à la p. 357 et s.

1. Le rapprochement entre les régimes juridiques

Le *C.c.B.-C.*, tout comme le *Code de Napoléon* à l'époque, n'a pas disserté très longtemps sur l'indivision : un seul article l'aborde expressément[7]. Le célèbre «nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision» n'a plus besoin de présentation! Ainsi, l'indivision est traditionnellement[8] conçue comme une situation provisoire, dont le partage peut à tout moment être demandé, et ne nécessitant, par conséquent, aucune organisation.

Cette conception ancienne s'est avérée, avec le temps, complètement révolue. L'indivision était souvent un état durable nécessitant le support d'une organisation :

> Il est fréquent qu'après le décès du père ou de la mère, les enfants se refusent à partager la succession tant que vit l'autre parent. De plus, le partage d'une exploitation – surtout agricole – peut conduire à la création de petites unités, dont aucune, prise isolément, n'est viable. L'indivision est parfois préférable au partage. [La loi] fut donc modifiée pour autoriser le tribunal à surseoir au partage des exploitations agricoles et des locaux à usage d'habitation ou professionnel […].
>
> La règle de l'unanimité, si elle protège chaque copropriétaire, ne permet guère de gérer un bien avec efficacité, ne serait-ce qu'en raison des délais et des risques de conflits. Il fallait envisager d'autres modes d'administration, par exemple le mandat donné par les indivisaires à l'un d'eux ou à un tiers. On admit aussi qu'un copropriétaire pouvait être gérant d'affaire de la chose commune; mais agissant aussi dans son intérêt, il n'avait droit à aucune rémunération pour sa gestion à moins que ses tâches, par leur importance, leur durée et leur technicité, ne revêtissent le caractère d'une activité professionnelle […] Par touches successives apparaissaient les linéaments d'une véritable

---

7. *C.c.B.-C.*, art. 689. L'article 2021 *C.c.B.-C.* traitait, par ailleurs, de l'hypothèque sur une portion indivise d'un immeuble.
8. À l'instar du droit romain.

> organisation de l'indivision. (Il faut aussi citer une création de la pratique : les sociétés d'indivision)[9]. [Nous soulignons.]

Ainsi, la règle de l'unanimité était complètement inadaptée à la gestion efficace d'un bien sans oublier le risque de provocation du partage qui pesait comme une épée de Damoclès sur la tête des indivisaires. Le besoin d'une réforme s'avérait donc de plus en plus impératif et c'est dans cet esprit que la refonte du *Code civil* fut entreprise en 1994, presque vingt ans plus tard après celle du *Code* français, en 1976[10].

En droit français, il est reconnu que le législateur a puisé dans les règles de la société pour régir l'organisation conventionnelle de l'indivision. Les règles de l'indivision conventionnelle se trouvent d'ailleurs à la suite de celles concernant le contrat de société et d'association[11]. Dès lors, qu'il puisse exister certaines ressemblances entre le régime juridique applicable aux sociétés et à l'indivision ne doit pas surprendre outre mesure. Qu'en est-il du droit québécois? La lecture des commentaires du ministre[12] révèle que le législateur s'est inspiré du *Code civil* français et pour la copropriété par indivision, et pour le droit des sociétés. À la différence toutefois de son homologue français, il ne réfère pas expressément aux règles de la société en matière d'indivision. En outre, toutes les règles de la copropriété par indivision sont regroupées dans le «Livre des biens», y compris celles visant son organisation conventionnelle. Les emprunts aux autres institutions du droit civil apparaissent donc beaucoup moins apparentes ici que chez nos voisins d'outre Atlantique.

Le nouveau *Code civil* combla donc le vide primitif en prévoyant deux modes d'organisation de l'indivision : un régime de droit commun applicable de

---

9. H. L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, 8e éd., t. II, vol. 2, Paris, Montchrestien, 1992 au n° 1309-1 aux pp. 36-37. Dans le même sens, voir la remarquable analyse du droit québécois effectuée, avant même les modifications législatives, par M. Deschamps, «Vers une approche renouvelée de l'indivision», [1984] 29 R. D. McGill 215.
10. Loi n° 286 du 31 décembre 1976, entrée en vigueur le 1er juillet 1977.
11. Art. 1873-1 *Code civil* français (*ibid.*).
12. Québec, Ministre de la justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993. Commentaire introductif au chapitre de la copropriété par indivision et commentaires sous plusieurs articles de ce chapitre à la p. 593 et s. Voir aussi les commentaires sous les articles 2250 et s. du t. 2 à la p. 1417 et s.

plein droit et permettant de pallier l'absence de convention ou de disposition légale ayant trait au fonctionnement de l'indivision et un régime conventionnel assujetti à la volonté des parties. Sans parler de véritable révolution, les transformations opérées en indivision sont importantes. La structure proposée par le législateur pour l'indivision se rapproche étrangement des formes les plus élémentaires de société, dont celles en participation. Les règles de l'indivision sont donc aujourd'hui susceptibles de répondre aux mêmes besoins qu'une structure sociale dépourvue d'individualité juridique : le droit de retrait[13], le régime décisionnel[14], le pouvoir de conférer la gestion à l'interne ou à un tiers[15] constituent autant d'exemples de rapprochement entre les groupements. Ce qui permet de penser que, en présence d'un groupement informel, le choix pourra être extrêmement difficile entre les organisations : «Une indivision prolongée, notamment, peut se transformer insensiblement en société et à l'inverse, une société, malgré la dénomination que lui donnent les associés ne sera en réalité qu'une indivision. Mais aussi, c'est *ab initio* que la question du choix entre les deux formules peut se poser; les parties hésiteront parfois entre une indivision active et une société[16]». Les exemples sont nombreux. Ainsi, en France, la question s'est posée quant aux éleveurs qui se partagent les saillies d'un étalon :

> Il est habituel que des éleveurs de chevaux de course se groupent et achètent un étalon de renom pour faire couvrir leurs pouliches. Comme il fournit une quarantaine de saillies par an environ, ils se fédèrent en général à quarante dans un groupement qui n'est jamais immatriculé. Dans leur accord, ils décident de se répartir les saillies et les frais d'entretien de l'étalon au prorata de leur participation. Chaque participant peut user de la saillie qui lui revient comme il l'entend, soit en faisant couvrir l'une de ses pouliches, soit en la cédant. Si l'étalon n'est pas capable une année de fournir les quarante saillies attendues, les membres qui n'en bénéficient pas sont tirés au sort. En revanche, si l'étalon s'avère une année capable de dépasser le quota attendu, les saillies supplémentaires sont vendues et le prix en est partagé entre les membres du groupement. Enfin, chaque participant peut vendre ses

---

13. Comparer les articles 1022 et 2209 *C.c.Q.*
14. Art. 1026 et 2216 *C.c.Q.*
15. Art. 1027 et 2213 *C.c.Q.*
16. C. St-Alary-Houin, «Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du code civil» (1979), 132 Rev. trim. dr. com. 645 à la p. 652.

droits dans le groupement, sous réserve de l'accord du comité chargé de gérer l'ensemble[17].

Outre qu'il faille décider quelle organisation convient aux parties, le choix une fois fait, ne lie pas obligatoirement les tribunaux, particulièrement dans le cadre de relations informelles ou imprécises, si bien que ceux-ci devront souvent procéder à la qualification avant de déterminer le droit applicable. Au Québec, le *Code civil* étant encore très jeune, les décisions intéressantes sur le sujet sont plutôt rarissimes[18]. Il n'est pas rare cependant, et cela ne date pas d'hier, que les tribunaux aient à trancher entre les deux[19]. La jurisprudence sur les sociétés de faits entre concubin demeure, jusqu'à présent, la plus intéressante sur ce point[20].

2. L'intérêt du maintien de la distinction

Si le rapprochement entre la copropriété par indivision et la société est indéniable pour certaines questions, il reste que l'indivision et la société sont deux notions distinctes obéissant à des régimes juridiques différents. L'intérêt de la distinction provient précisément de cette différence. Les exemples qui

---

17. J.-J. Daigre, «L'étalon au prétoire ou des saillies comme critère de société en participation», [1998] Bull. Joly au n° 39; voir aussi sur cette question H. Aberkane, «L'étalon, la société en participation et la convention d'indivision» dans *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991 à la p. 11.
18. *Mayor* c. *Dionne*, [1996] R.L. 79, conf. par (27 juillet 1998), Montréal 500-09-001427-947, J.E. 98-1654, juges Proulx, Deschamps et Pidgeon.
19. Voir entre autres : *Michon* c. *Leduc et Bousquet* (1890), 19 R.L. 504 (B.R.); *Bourboin* c. *Savard* (1926), 40 B.R. 68; *Stem corporation* c. *Koutsogiannopoulos*, [1956] B.R. 421; *Droit de la famille–164*, [1988] R.D.F. 226 (C.S.); *John Robertson & son (Eastern) Ltd*. c. *Guilbault* (1919), 21 R.P. 146 (C.S.); *Barrette* c. *Denis* (1926), 41 C.S. 435; *Perron* c. *Laporte*, [1945] C.S. 375; *Desjardins* c. *Malenfant*, [1961] R.L. 560 (C.S.); *Carstens* c. *Bork*, [1962] C.S. 210; *Rosen* c. *Banque canadienne Impériale de Commerce*, [1991] R.J.Q. 1152 (C.Q.); *Joulakian* c. *Pelletier*, [1993] R.D.I. 415 (C.S.); *Rodier* c. *Gagnon*, [1996] R.D.I. 82 (C.S.); *St-Jean* c. *Lavallé*, [1996] R.D.I. 231 (C.S.).
20. *Beaudoin-Daigneault* c. *Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Droit de la famille-720*, [1989] R.D.F. 694 (C.A.); *Droit de la famille-904*, [1990] R.J.Q. 2844 (C.S.); *Droit de la famille-1971*, [1997] R.D.F. 31 (C.A.).

suivent sont tirés du *Code civil*, mais le droit statutaire en comporte aussi de nombreux[21].

Tout d'abord, il importe de différencier la société et l'indivision pour connaître l'emprise des parties sur les biens. En matière de copropriété par indivision, les parties sont titulaires d'un droit réel puisqu'elles exercent concurremment un droit de propriété[22]. Elles bénéficient donc d'un lien direct sur les biens, ce qui n'est généralement pas le cas en matière de société. À l'opposé, dans les sociétés en nom collectif et en commandite, l'apport d'un bien comporte une mutation. Les associés sont donc débiteurs de ce qu'ils ont promis d'y apporter et, une fois les biens transférés, ils se doivent des garanties similaires à la vente, si l'apport est en propriété, ou à la location, s'il est en jouissance[23]. En contrepartie de leur apport, les associés reçoivent une part sociale – un droit personnel – qui confère un droit dans les bénéfices et dans l'actif de la société. Ainsi, l'associé qui apporte à une société ses droits dans un immeuble les voit se transformer en une part sociale de nature mobilière. L'apport en société a donc un caractère transformateur de droit qui n'existe pas en indivision. La société en participation fait cependant figure d'exception à cet égard. Face aux tiers, les associés demeurent propriétaires des biens apportés à la société[24]. Par conséquent, l'opération d'apport doit être analysée comme une «mise à la disposition[25]» des biens à la société plutôt que comme un transfert de propriété.

Le régime de responsabilité à l'égard des dettes constitue un autre motif pour distinguer entre la société et l'indivision. Les sociétés en nom collectif et

---

21. En matière de fiscalité la distinction entre les régimes juridiques est fondamentale. Par exemple, dans l'hypothèse de vente de terrains, si l'intention première des parties est de les vendre à profit, le revenu généré sera considéré comme du revenu d'entreprise, alors que dans le cas contraire, il sera traité comme du gain en capital permettant au particulier de bénéficier d'une exonération.
22. Art. 1010 *C.c.Q.* Il faut souligner que la cotitularité d'un autre droit est permise (art. 911 *C.c.Q.*), mais dans ce cas, l'emploi du mot copropriété est impropre, car il devrait être réservé à la seule copropriété. Sur les questions de sémantique rattachées à la copropriété par indivision, voir L. Laflamme, *Le partage consécutif à l'indivision*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1999 à la p. 6 et s.
23. Art. 2199 *C.c.Q.*
24. Art. 2252 *C.c.Q.*
25. Art. 2199, al. 1 *C.c.Q.*

en commandite ont un patrimoine autonome et leurs biens doivent être discutés en priorité[26]. Dans le cas des sociétés en participation, les coassociés n'ont aucun droit d'agir à l'encontre des tiers, et ces derniers n'ont un droit d'action qu'envers l'associé avec qui ils ont contracté. Par ailleurs, les créanciers pourront poursuivre les associés solidairement dans le cadre de l'entreprise sociale[27], ce qui est différent en matière d'indivision. En effet, si l'exercice de qualification conclut à la copropriété par indivision, la responsabilité des indivisaires est conjointe[28], à moins de stipulation contraire.

Le décès ne produira pas les mêmes conséquences pour les parties selon le régime adopté. Le statut d'indivisaire n'est pas rattaché à une personne en particulier, alors qu'il est possible de perdre la qualité d'associé[29]. En présence d'une copropriété par indivision, la quote-part de droits indivis sera dévolue à un ou plusieurs héritiers qui deviendront eux-mêmes indivisaires. Dans la même situation et, sauf stipulation contraire, le décès entraînera la perte de la qualité d'associé[30]. Les associés survivants devront payer aux héritiers la valeur de la part sociale[31] sans que ces derniers puissent prétendre à la qualité d'associé. Cette approche nouvelle, pour les sociétés en nom collectif et en commandite, accentue leur caractère de permanence en conservant exclusivement les causes de dissolution inhérentes à la nature contractuelle de la société et en transformant les motifs étrangers à l'aspect *intuitu personae* des relations sociales en simple perte de la qualité d'associé.

Les motifs de dissolution sont, par ailleurs, plus nombreux pour les sociétés. Alors que la copropriété par indivision cesse par le partage du bien ou par son aliénation[32], la société prend fin, outre les causes prévues au contrat, par l'accomplissement de son objet ou l'impossibilité de l'accomplir, ou encore du consentement de tous les associés. Il faut ajouter également que la société peut

---

26. Art. 2221, al. 2 *C.c.Q.*
27. Art. 2221, al. 1 *C.c.Q.*
28. Art. 1015, 1019 *C.c.Q.*
29. Art. 2226-2229 *C.c.Q.*
30. Art. 2226 *C.c.Q.*
31. Art. 2227 *C.c.Q.*
32. Art. 1037 al. 1 *C.c.Q.*

être dissoute par le tribunal, pour une cause légitime[33]. Fait intéressant à souligner, la règle de l'article 2232 *C.c.Q.*, qui maintient l'existence de la société malgré la réunion des parts en les mains d'un seul associé, est propre aux sociétés. En indivision, une telle opération mettra fin à la concurrence qui existe dans la détention du titre, donc à la copropriété même.

Il demeure donc extrêmement important pour les parties de pouvoir distinguer entre la société et l'indivision. Selon la qualification établie, un régime différent s'impose. La prochaine section permettra de constater que cette différence entre les régimes juridiques prend sa source dans l'idée de volonté qui est à la base du contrat de société.

B. Le raffinement de la distinction

Il faut reconnaître que, si l'importance au plan théorique (1.) de la distinction entre la société et l'indivision semble évidente, l'application pratique des différents critères pose problème (2.). La présente section aura pour objectif de poser les jalons de la qualification dans ce nouvel environnement juridique qui reconnaît l'indivision et admet qu'elle puisse coexister avec la société.

1. Les arguments théoriques

La seule comparaison des définitions de la société et de la copropriété démontre que ces deux notions sont fondamentalement différentes. Le *C.c.Q.* définit ainsi la copropriété :

> **1010 al. 1.** La copropriété est la propriété que plusieurs personnes ont ensemble et concurremment sur un même bien, chacune d'elles étant investie, privativement, d'une quote-part du droit.

Selon ce texte, la copropriété constitue une façon d'exercer un droit de propriété. Il y a copropriété dès qu'il existe une pluralité de sujets d'un même droit à l'égard d'un même bien qui se retrouve alors en état d'indivision. Il existe deux sortes de copropriété, la copropriété divise et la copropriété

---

33. Art. 2236 *C.c.Q.*.

indivise[34]. La copropriété divise bénéficie d'un régime juridique particulier qui fait en sorte qu'elle ne puisse pas être confondue avec la société[35]. Il en va autrement pour la copropriété par indivision où les risques d'équivoque sont assez nombreux. D'autant plus qu'elle peut être organisée par convention, ce qui est susceptible de la rapprocher davantage de la société.

Bien qu'elle puisse en être un outil, la société ne constitue pas un moyen de détenir un bien. Sa place dans le *Code,* au titre deuxième du «Livre des obligations» intitulé «Des contrats nommés», révèle sa véritable nature. La société est un contrat, une convention :

> **2186.** Le contrat de société est celui par lequel les parties conviennent, dans un esprit de collaboration, d'exercer une activité, incluant celle d'exploiter une entreprise, d'y contribuer par la mise en commun de biens, de connaissances ou d'activités et de partager entre elles les bénéfices pécuniaires qui en résultent.

Ainsi, d'un côté, il y a la société, un contrat, dont l'existence est soumise à des conditions que le *Code* précise. De l'autre, il y a la copropriété par indivision, une modalité de la propriété, c'est-à-dire une façon d'exercer un droit[36]. Un monde devrait séparer ces deux notions. Pourtant, il n'en est rien, puisque dans les deux cas il y a présence d'un groupement de personnes. Comment en effet distinguer entre la codétention volontaire d'un bien et une société? Sans contrat sur lequel s'appuyer, quelle qualification choisir? La présence d'un contrat ne règle, par ailleurs, pas définitivement la question, puisqu'une convention peut exister dans les deux cas et une société peut se transformer en copropriété par indivision et vice versa. Il s'agit dans tous les cas d'une question d'intention[37].

---

34. Art. 1010, al. 2 et 3 *C.c.Q.*
35. Art. 1038 et s. *C.c.Q.*
36. Et ce, même en présence d'une convention d'indivision. Bien que l'établissement d'un tel document soit souvent concomitant avec la naissance de l'indivision, il en constitue un préalable. La convention d'indivision a pour bout d'organiser la codétention du bien.
37. L. Laflamme, *supra* note 22 à la p. 13 et s.

2. La difficile qualification pratique

Afin de résoudre les difficultés que posait la distinction entre la copropriété par indivision et la société, la doctrine a d'abord utilisé des critères objectifs. La seule observation du groupement en question devait conduire à une qualification. À une époque où l'indivision était réduite à sa plus simple expression, soit l'indivision successorale, post-sociétaire ou post-communautaire, cette façon de faire pouvait conduire à quelques résultats. Toutefois, la conception de l'indivision ayant évolué, le recours aux critères objectifs s'est avéré nettement insuffisant pour qualifier adéquatement un groupement (a.). Il faut maintenant rechercher l'intention des parties (b.).

a. Les critères objectifs

Traditionnellement, l'indivision et la société ont été distinguées par des critères objectifs. Ces critères avaient trait essentiellement à l'origine du groupement, à la stabilité, à la gestion et particulièrement à la détention de la personnalité juridique par la société.

Il a été écrit à propos de la distinction entre la société et l'indivision que l'une, l'indivision, est un état subi qui résulte d'un fait accidentel alors que l'autre, était un état cherché en raison de sa supériorité productive[38]. La seule lecture de l'article 1012 *C.c.Q.* permet de conclure à la désuétude du critère. L'indivision peut aujourd'hui résulter d'un contrat, d'une succession, d'un jugement ou encore de l'effet de la loi. Il est donc formellement reconnu depuis 1994 que la copropriété par indivision puisse être constituée volontairement au même titre que les parties peuvent choisir de s'associer. Ainsi, l'origine du groupement n'est pas déterminante pour sa qualification future. Rien n'empêche des héritiers, par exemple, de former entre eux une société pour gérer les biens du *de cujus*[39].

---

38. E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime*, 5e éd., revue et mise à jour avec le concours de J. Percerou, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1916 au n° 239 à la p. 166.
39. *Audet* c. *Audet* (11 mai 1998), Montmagny 300-05-000040-959, B.E. 98BE-723, juge Morin (C.S.), en ligne : SOQUIJ (B.E.).

La stabilité du groupement ne peut davantage être retenue comme critère de distinction entre la société et l’indivision. Il suffisait autrefois d’opposer l’indivision – qui pouvait toujours prendre fin par un partage – à la société, dont la stabilité était reconnue, pour établir une distinction entre les deux. Ce critère était artificiel puisque l’opposition supposait au préalable une qualification. Par conséquent, ce qui constituait en apparence un élément de distinction se voulait plutôt une particularité du régime juridique. Par ailleurs, la précarité de l’indivision ne la caractérise plus vraiment aujourd’hui. La demande en partage peut être contrecarrée par la présence d’une convention d’indivision reportant le droit de provoquer le partage pour une période d'au plus trente ans, laquelle est renouvelable[40] ou encore par une demande de sursis[41]. De même, l’intrusion d’un tiers qui pouvait être porteuse de conflits est aujourd'hui préservée par un droit de retrait ou de subrogation[42]. Ainsi, «c’est par sa tendance à l’inscription dans le temps que l’indivision a perdu l’un de ses traits d’infériorité traditionnels par rapport à la société. Elle n’est plus un état précaire voué à la disparition du seul fait de la volonté versatile de l’un des indivisaires. Sa stabilité est assurée contre les actions intempestives de ses membres mais aussi contre l’intrusion non désirée de tiers dans le groupement[43]».

La question de l’organisation de la gestion plus importante en matière de société, ne constitue plus depuis 1994 un critère valable. D’ailleurs, ce point relève, lui aussi, davantage du régime juridique applicable, une fois la qualification établie, que de la distinction entre la société et l’indivision. Ainsi, les règles de l’indivision n’étant pas, pour la plupart, d’ordre public[44], il est actuellement possible d’établir conventionnellement un régime de gestion qui

40. Art. 1013 *C.c.Q.*
41. Art. 1032 *C.c.Q.*; en matières successorales, art. 839 et s. *C.c.Q.*
42. Art. 1022-1023 *C.c.Q.* Le droit de retrait prévu par la loi peut être remplacé par un droit de préemption, art. 1022 al. 1 *C.c.Q.*
43. C. St-Alary-Houin, *supra* note 16 au n° 5 à la p. 648.
44. À l’exception des articles 1013, 1030 et 1031 *C.c.Q.* Bien que rédigé en termes impératifs, l’article 1014 *C.c.Q.* n’oblige pas les indivisaires à procéder à la publication de la convention d’indivision. S’ils ne font pas cette démarche, leur convention sera simplement inopposable aux tiers.

s'apparente à celui de la société[45]. Toutefois, les indivisaires qui se dotent d'une telle organisation pour la gestion de leur bien doivent veiller à ne pas accomplir d'actes qui risqueraient d'entraîner une requalification en société[46]. Il en va de même pour le critère de distinction fondé sur la présence de bénéfices en matière de société. En effet, rien ne fait obstacle à ce que des indivisaires puissent valablement réaliser des bénéfices, dans la mesure où il ne s'agit pas de leur préoccupation principale. En somme, tout est une question de degrés. Est-ce que, par exemple, la réalisation de bénéfices constitue le but premier du groupement? Si oui, il y a société. Dans le cas contraire, il s'agira plutôt d'une copropriété par indivision. Ainsi, la stabilité, les bénéfices et le mode de gestion du bien ne pouvant isolément servir de critère de distinction, il faut faire appel à d'autres éléments.

La doctrine française pensait avoir résolu le problème en invoquant la personnalité morale des sociétés de personnes. Sans entrer dans le long débat sur les diverses théories entourant la reconnaissance de la qualité de sujet de droit aux sociétés, il convient de souligner d'emblée que cet élément ne peut valablement servir de critère de distinction entre la société et l'indivision; d'autant plus que la reconnaissance de la personnalité juridique à une société n'était qu'une conséquence de son existence[47]. Par ailleurs, il est clair depuis la réforme du *Code civil* que les sociétés de personnes ne constituent pas des personnes morales, bien que les sociétés en nom collectif et en commandite bénéficient d'une individualité juridique[48]. La question de la distinction demeure donc entière pour la société en participation qui en est dépourvue.

Il faut enfin ajouter à ce qui vient d'être mentionné que les formalités de publicité requises pour les sociétés en nom collectif et en commandite[49] ne

---

45. Il n'existe pas en matière de copropriété par indivision de règle analogue à celle de l'article 1101 *C.c.Q.* du chapitre sur la copropriété divise qui empêche de stipuler autrement que ce qui est prévu au *Code* en ce qui concerne le nombre de voix requis pour prendre une décision.
46. F. Caporale, «Société et indivision» (1979) Rev. soc. 265 au n° 23 à la p. 275.
47. F. Delhay, *supra* note 1 au n° 40 à la p. 64; F.H. Speth, *La divisibilité du patrimoine de l'entreprise d'une personne*, Paris, LGDJ., 1957 à la p. 104.
48. N. N. Antaki et C. Bouchard, *Droit et pratique de l'entreprise*, t. I, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1999 à la p. 353 et s.
49. Art. 2189 *C.c.Q.*

peuvent davantage servir de critère de distinction. En effet, bien que le recours à l'examen du nom du groupement ou encore à la consultation des registres appropriés soient utiles pour distinguer entre les diverses formes de sociétés, cet exercice n'est pas à lui seul concluant. Les formalités de publicité ne sont pas obligatoires pour toutes les formes de sociétés. Les sociétés en participation n'y sont pas tenues. Qui plus est, le simple fait pour un groupement de déclarer qu'il opère sous la forme d'une société en nom collectif n'est pas constitutif d'une société si les conditions de l'article 2186 al. 1 *C.c.Q.* ne sont pas rencontrées.

L'examen des différents critères traditionnels de distinction aura permis de constater leur insuffisance au regard de l'évolution du droit. Un nouvel élément de qualification doit être recherché; la prochaine section permettra d'en circonscrire les tenants et aboutissants.

b. L'émergence d'un critère subjectif

La société étant un contrat, elle suppose un accord de volontés. Ainsi, pour déterminer si un groupement constitue une société, il faut rechercher cet accord de volontés qui prend la forme d'une intention de s'associer. Sans cette intention, la société ne peut exister.

La copropriété par indivision, en revanche, ne suppose pas un tel accord de volonté. Elle peut naître accidentellement. L'intention de la créer volontairement ne la caractérise donc pas[50]. Par conséquent, en comparant les deux notions et en s'appuyant sur la définition du contrat de société pour définir la copropriété par indivision, il est possible de constater que la distinction repose essentiellement sur la recherche de l'intention. C'est d'ailleurs ce que confirme le *Code* :

> **2250 al. 2** La seule indivision de biens existant entre plusieurs personnes ne fait pas présumer leur intention de s'associer.

Par conséquent, si la preuve d'une intention de s'associer s'avère insuffisante, le groupement sera qualifié d'indivision alors que dans le cas

---

50. Art. 1012 *C.c.Q.*

contraire, il y aura société. Parfois, l'analyse pourra être fondée sur des écrits, mais tant en société qu'en indivision, la présence d'une convention écrite n'est pas requise[51].

L'intention de s'associer relève donc de l'abstrait, il s'agit d'une donnée d'ordre psychologique, d'où l'emploi sans doute d'une expression latine, l'*affectio societatis*, consacrée dans le nouveau *Code* par le concept d'«esprit de collaboration». Pour déceler l'intention et en établir la preuve, il est généralement possible de faire appel aux circonstances et à l'étude des agissements du groupement[52]. Aux termes de l'articles 2186 al. 1 *C.c.Q.*, les parties sont animées d'une intention de s'associer si elles manifestent un esprit de collaboration, si elles contribuent à leur activité par un apport de biens, de connaissances ou de travail et si elles partagent entre elles les bénéfices qui en résultent. La société implique une union d'efforts vers un but commun centralisateur, raison d'être de la société. L'activité de la société est une aventure commune dans laquelle chacun y met du sien. L'effort, qui prend la forme d'une contribution en biens ou en services, implique une nouvelle affectation de ceux-ci au profit de l'activité, c'est-à-dire un changement d'état d'esprit, une réorientation, une nouvelle façon de faire, etc.[53] La société suppose ainsi un mode de gestion actif, dynamique.

Les indivisaires ne sont pas animés d'un tel esprit. La copropriété est un mode de détention d'un bien. Il n'existe pas en la matière d'activité centralisatrice et ce, même si les indivisaires sont entrés volontairement en indivision ou ont organisé leurs relations par convention :

> L'indivision est un état, une manière d'être des biens. L'observation s'impose lorsque l'indivision est héréditaire : les héritiers se trouvent dans l'indivision. Leurs biens sont dans l'indivision. Les expressions

---

51. Art. 2250 *C.c.Q*. Seule la clause de report du partage doit être écrite (art. 1013 *C.c.Q.*). Pour le reste, la convention d'indivision peut être verbale mais avec les difficultés de preuve que cela peut présenter.
52. «C'était la volonté des parties de faire un investissement et non de devenir uniquement copropriétaires. Elles se sont constituées en société et tous leurs agissements, au début, corroborent cette intention. La pièce P-1 est d'ailleurs fort éloquente à ce sujet : les parties s'y définissent comme associés» : *Mayor* c. *Dionne*, *supra* note 18 à la p. 5.
53. C. St-Alary-Houin, *supra*, note 16 au n° 60 à la p. 687.

> utilisées pour désigner cet état statique s'opposent vivement à celles d'apport, d'affectation qui traduisent la dynamique sociétaire.
>
> La remarque vaut aussi pour l'indivision conventionnelle. Certes, elle est de source contractuelle et l'indivision peut-être voulue. Il est inexact d'y voir un état subi. Cependant, même voulue, elle ne présente pas le même degré d'activité que la société. La convention a pour objet d'aménager l'exercice des droits indivis […]. Elle permet de régir une situation existante. Aux termes de l'article 1873-2, les indivisaires conviennent de demeurer dans l'indivision. Or demeurer, c'est rester dans le même état, «c'est continuer à d'être dans une situation […]». Il ne s'agit comme dans la société de modifier le régime des biens en leur assignant au mieux des intérêts de chacun l'exercice du droit de propriété. La convention régit un état des biens[54]. [Nous soulignons.]

Ainsi, la copropriété par indivision représente d'avantage un état, une façon de détenir les biens. Ceci ne veut pas dire pour autant que les indivisaires ne peuvent faire fructifier le bien ou en organiser la gestion, seulement, cela ne doit pas devenir leur activité principale. Si la recherche de profits et de bénéfices perd son caractère accessoire ou accidentel, il faudra vérifier si l'intention qui anime les indivisaires ne s'est pas modifiée, transformant l'indivision en société ou vice-versa. Il convient de le rappeler, lorsqu'il s'agit de distinguer entre une société et une indivision, il faut rechercher l'intention des parties. La recherche de l'*affectio societatis* permet de pondérer les différents autres éléments positifs de la qualification et d'opérer une synthèse qui présente l'ensemble de la relation de manière positive. Cette technique a été utilisée par la Cour suprême dans *Beaudoin-Daignault* c. *Richard* :

> [Il faut] rechercher, pour s'assurer qu'il y a *affectio societatis*, s'il résulte des faits qu'il y a «un ensemble de présomptions interdisant toute contestation sérieuse, encore bien que chacun d'entre eux pris isolément puisse laisser place à un certain doute».
>
> (...) Je suis d'accord avec l'intimé que si l'apport de l'un est hors de proportion avec celui de l'autre le juge du fond doit en tenir compte et

54. *Ibid.* n° 60 aux pp. 686-687. Voir aussi dans le même sens, F. Caporale, *supra* note 46 au n° 22 à la p. 274 et H. Aberkane, *supra* note 17 à la p. 16.

> considérer que ce fait pèse grandement à l'encontre de l'existence de l'*affectio societatis*[55].

Récemment encore, dans une décision rendue sous le *C.c.Q.,* la Cour supérieure a réaffirmé cette position :

> C'est l'intention qui se dégage des faits et des attitudes des parties qui est importante pour conclure au contrat de société. (...)
>
> Les parties doivent avoir une intention commune d'être en société. Le nouveau Code civil parle d'«esprit de collaboration». Voilà ce qui cimente principalement le contrat de société: L'*affectio societatis* de la plus ancienne et la plus constante jurisprudence en matière de société[56].

C'est également ce critère qui devra être utilisé lorsqu'il s'agira de déterminer si une indivision a été superposée à une société…

II. L'indivision dans la société en participation : l'éclosion d'une nouvelle technique juridique

La première partie de ce travail a permis, entre autres, de constater les rapprochements importants effectués en 1994 entre les régimes de l'indivision et de la société. La ligne ténue entre les concepts remet en cause tout le système traditionnel de distinctions et impose une utilisation judicieuse des critères de distinction.

Le constat est encore plus frappant à la lecture de la section sur les sociétés en participation. En effet, l'indivision et la société en participation peuvent être superposées :

> **2252.** À l'égard des tiers, chaque associé demeure propriétaire des biens constituant son apport à la société.

---

55. *Beaudoin-Daigneault* c. *Richard*, *supra* note 20 à la p. 16.
56. *Placements Tanguay (1979) ltée (Syndic de)* c. *2958-3838 Québec Inc.,* [1997] R.J.Q. 565 à la p. 572 (C.S.).

> Sont indivis entre les associés, les biens dont l'indivision existait avant la mise en commun de leur apport, ou a été convenue par eux, et ceux acquis par l'emploi de sommes indivises pendant que subsiste le contrat de société.

Comment fonctionnera une telle imbrication? Quel en sera le régime juridique? Pour pouvoir répondre à ces questions, il convient de faire, dans un premier temps, une présentation des règles encadrant la copropriété par indivision (A.), avant de s'arrêter, dans un second temps, aux conséquences engendrées par l'existence d'un patrimoine indivis sur la notion de société (B.).

A. La gestion des biens indivis

L'article 2252 alinéa 2 prévoit trois situations d'indivision de biens possibles dans le cadre d'une société en participation : (1) les biens dont l'indivision existait avant la mise en commun des apports, (2) les biens acquis par l'emploi de sommes indivises pendant la durée du contrat de société et (3) les biens dont les associés auraient convenu de mettre en indivision.

Le législateur s'est montré loquace quant à l'indivision pouvant exister dans le cadre d'une société en participation. L'hypothèse très répandue de l'indivision préalable à la création de la société est en premier lieu envisagée. Il s'agit, bien entendu, de l'indivision volontaire autant que de l'indivision subie, l'origine important peu. Il suffit simplement qu'elle soit antérieure à la société. Les deux autres situations d'indivision supposent, quant à elles, la préexistence de la société : les biens acquis par l'emploi de sommes indivises pendant la société, ce qui constitue un cas de subrogation réelle et le choix que feraient les associés de mettre certains biens en indivision en cours de société.

Avant de s'arrêter aux conséquences engendrées par l'amalgame des régimes juridiques, il s'avère important d'effectuer un tour d'horizon du nouveau droit de l'indivision : le régime de droit commun (1.) et les principales avenues offertes par la possibilité pour les indivisaires d'organiser conventionnellement le maintien de l'indivision (2.). Dans les deux cas, il importe particulièrement de connaître les pouvoirs de gestion des indivisaires et les droits des créanciers qui viendront se greffer à ceux du droit des sociétés.

1. Le régime de droit commun

En indivision, l'administration des biens repose depuis 1994 sur l'ensemble des indivisaires. Ils ont donc toute liberté pour gérer le bien en commun ou encore, si telle est leur volonté, en confier la tâche à un tiers[57]. Pour faciliter la gestion, le Code édicte même une présomption de gérance en faveur de celui «qui administre le bien indivis à la connaissance des autres indivisaires et sans opposition de leur part[58]». De ce texte, il ressort que deux conditions doivent être rencontrées pour qu'un indivisaire puisse bénéficier de la présomption de gérance : premièrement, les autres indivisaires doivent avoir connaissance des agissements du présumé gérant et, deuxièmement, ils ne doivent pas s'y opposer. Il faut remarquer qu'en matière de société, le pouvoir de gérer est réciproque et n'est pas soumis à la première condition[59]. Pour bénéficier de la présomption de gérance, un associé n'a pas à démontrer que les autres associés connaissent ses agissements. Qui plus est, à l'égard des tiers, chaque associé est mandataire de la société[60]. Ce qui n'est pas automatique en matière de copropriété par indivision[61]. Par ailleurs, en cas d'impossibilité d'entente de la majorité des indivisaires, il est possible d'avoir recours au tribunal pour la nomination d'un gérant[62]. Ce dernier possède les pouvoirs d'un administrateur du bien d'autrui chargé de la simple administration[63].

---

57. Art. 1025, 1027 *C.c.Q.*
58. Art. 1028 *C.c.Q.*
59. Art. 2215 al. 1 *C.c.Q.*
60. Art. 2219 *C.c.Q.*
61. Le chapitre sur la copropriété par indivision ne contient pas de disposition analogue à celle de l'article 2219 *C.c.Q.* Comme il n'existe pas de présomption de mandat entre les indivisaires, ceux-ci sont tenus d'agir dans la proportion de leur quote-part respective. C'est d'ailleurs ce que consacre le texte de l'article 1015 *C.c.Q.* Les actes qui ne respectent pas cette mesure portent atteinte aux droits des autres indivisaires. Ceux-ci pourront d'ailleurs les contester avant même le partage. En l'absence de contestation, la disposition pourra être tenue pour valable, non pas par la présence d'un mandat tacite, mais par l'application des règles relatives à la vente ou l'hypothèque que bien d'autrui. L. Laflamme, «La copropriété», dans *Extraits du Répertoire de droit / Nouvelle série*, Cowansville (Qc), Yvon Blais et Chambre des notaires du Québec, 2000 à la p. 62.
62. Art. 1027, al. 2 *C.c.Q.*
63. Art. 1299, 1301 et s. *C.c.Q.*

Autre révolution, sous le *C.c.B.-C.*, les décisions relatives à l'administration des biens indivis se prenaient à l'unanimité. Tout comme en droit des sociétés[64], ces questions sont aujourd'hui réglées à la majorité en nombre et en part[65], sauf les décisions importantes (aliénation du bien, partage, changement de destination, etc.) qui, elles, demeurent soumises à la règle de l'unanimité[66].

La situation des créanciers de l'indivision à l'intérieur du régime légal est aussi extrêmement intéressante. Ils bénéficient du droit d'être payé par préférence sur l'actif avant le partage[67].

Quoiqu'il en soit de cette cure de rajeunissement, l'indivision demeure plus fragile que la société. Le régime de droit commun est appelé à prendre fin par le partage. Cette éventualité, qui rend la copropriété par indivision instable, en fait un mode de détention des biens peu attrayant. Il en va autrement cependant, s'il existe une convention d'indivision reportant le partage[68].

2. Le régime conventionnel

En sus, ou aux lieu et place du régime de droit commun, les indivisaires peuvent encadrer conventionnellement leur indivision. Contrairement à son homologue français, le droit québécois comporte peu de dispositions impératives sur ce point[69]. La convention d'indivision offre donc de multiples possibilités aux indivisaires[70].

---

64. Art. 2213, al. 2 *C.c.Q.*
65. Art. 1026, al. 1 *C.c.Q.*
66. Art. 1026, al. 2 *C.c.Q.*
67. Art. 1035, al. 1 *C.c.Q.*
68. Art. 1030 *C.c.Q.*
69. Art. 1013, 1030-1031 *C.c.Q.*
70. La convention d'indivision est un contrat qui organise les relations entre plusieurs sujets d'un droit s'exerçant à l'égard d'un objet non morcelé pour tenir compte de la pluralité des titulaires du droit. Tous et chacun exercent ensemble et concurremment les diverses prérogatives que le droit de propriété confère. La convention d'indivision a pour but d'aménager une ou plusieurs des conséquences de cette concurrence.

Il convient tout d'abord de souligner que le principal but d'une convention d'indivision est le report du partage. À la différence du droit français qui limite la période à 5 ans[71], le *C.c.Q.* permet de reporter le partage pour une durée maximale de trente ans, laquelle est renouvelable[72]. Ainsi, l'existence d'une convention d'indivision reportant le partage permet de supposer que l'organisation du groupement comporte une certaine stabilité.

Parmi les nombreux points qu'il peut traiter, le document aborde généralement la question de la gestion du bien indivis. À cet égard, la convention d'indivision peut s'en remettre aux dispositions contenues dans la loi ou encore élaborer un véritable code de conduite.

Ainsi, il est possible de retrouver dans une convention d'indivision, une disposition qui modifie les règles relatives à la prise de décisions et ce, même pour les décisions importantes[73]. Les textes québécois et français diffèrent sur cette question[74]. En outre, le chapitre de la copropriété par indivision ne contient pas de disposition analogue à celle qui existe en copropriété divise, tenant pour non écrite toute stipulation de la déclaration de copropriété modifiant le nombre de voix requis pour prendre une décision[75]. Au contraire, les règles établissent comment seront prises les décisions en termes non impératifs. Par conséquent, comme le législateur permet aux indivisaires de conclure une convention d'indivision et n'hésite pas à fixer des limites à leur liberté pour certaines questions[76], pourquoi alors les empêcher de modifier conventionnellement la portée de l'article 1026 *C.c.Q.*?

En ce qui concerne la gestion du bien indivis, il faut encore souligner la possibilité – au même titre qu'en droit des sociétés – de confier la gérance du

---

71. *Code civil* français, *supra* note 10, art. 1873-3, al. 1.
72. Art. 1013 *C.c.Q.*
73. *Contra* : S. Binette, «De la copropriété indivise et divise suivant le nouveau *Code civil du Québec*» dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La Réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993 à la p. 589; É. Prud'homme, «Le maintien de l'indivision selon le droit civil du Québec», (1995) 26 R.J.T. 191.
74. Comparer art. 1873-8 *C.c.f.* et art. 1026 *C.c.Q.*
75. Art. 1101 *C.c.Q.*
76. Art. 1013, 1031 *C.c.Q.*

bien à un indivisaire ou même à un tiers[77]. Le législateur n'ayant pas fixé de balises, ici encore, rien n'empêche les indivisaires d'accorder des pouvoirs étendus à leur gérant, et pourquoi pas, le nommer mandataire.

Les utilités de la convention d'indivision sont nombreuses. En matière immobilière, la question de la protection des créanciers hypothécaires en cas de partage y joue souvent un rôle prépondérant. À cette fin, le déroulement du partage est minutieusement prévu pour sauvegarder leurs garanties[78].

Enfin, il convient de rappeler que la convention d'indivision n'a d'effet qu'entre les indivisaires[79]. Toutefois, en matière immobilière, elle est opposable aux tiers, si elle est publiée[80]. Il s'agit là d'une exception, puisque les droits personnels[81] ne sont pas, en principe, susceptibles de publication[82]. Aucune disposition ne prévoit en revanche la publication d'une convention d'indivision ayant trait à un bien meuble. Ce document ne liera donc que les parties qui y auront adhéré.

B. L'incidence du patrimoine indivis sur la notion de société

La société en participation n'a par nature aucune existence à l'égard des tiers. Chaque associé demeure propriétaire de ses biens ou encore transfère à un gérant la propriété de certains biens. Par conséquent, la société n'a aucun patrimoine et les créanciers n'ont d'autre gage que celui du gérant ou encore de l'associé qui s'est engagé personnellement. La situation de la société se

---

77. Art. 1027 *C.c.Q*.
78. L. Laflamme, F. Frenette et M.-P. Cajolet, «L'indivision conventionnelle : applications diverses en matière immobilière et mode d'emploi dans chaque cas», [1999] 2 C. P. du N. 351 à la p. 369.
79. Art. 1440, 2941 al. 2 *C.c.Q*. *Dubois* c. *Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon inc.*, [1996] 1 R.C.S. 900; *Piché* c. *Landry* (13 décembre 1994), Labelle (Maniwaki) 565-05-000009-945, J.E. 95-138 (C.S.), juge Trudel.
80. Art. 1014 *C.c.Q*.
81. Le convention d'indivision, si elle ne comporte pas d'hypothèque, ne génère que des droits personnels car il s'agit d'aménager la concurrence dans la détention d'un droit déjà détenu par les parties (art. 1010 *C.c.Q.*). M. Deschamps, *supra* note 9 à la p. 242; C. Atias, «Une convention au pays de l'indivision non conventionnelle», [1979] J.C.P. I-Doctrine à la p. 2937 au no 6; L. Laflamme, *supra* note 22 à la p. 57.
82. Art. 2938 al. 3 *C.c.Q*.

transforme lorsqu'elle se voit doublée d'une indivision. L'interaction entre les régimes va modifier la dynamique des associés à l'égard des tiers.

L'article 2252 qui régit l'amalgame des régimes, est situé dans la section du chapitre sur les sociétés en participation établissant les rapports des associés envers les tiers. Les commentaires du ministre de la Justice[83] indiquent que cette disposition s'inspire de l'article 1872 du *Code civil* français. Si la coexistence de la société et de l'indivision est admise tant en droit français qu'en droit québécois, le législateur français se montre par contre beaucoup plus explicite que son homologue québécois quant à l'interaction des régimes juridiques applicables. Il n'est pas dénué d'intérêt de comparer le libellé employé outre Atlantique avec celui adopté par le législateur en 1994 :

83. Québec, Ministre de la justice, *supra* note 12 à la p. 1419 (art. 2252).

C.c.Q.	**C.c.f.**
Art. 2252 À l'égard des tiers, chaque associé demeure propriétaire des biens constituant son apport à la société. Sont indivis entre les associés, les biens dont l'indivision existait avant la mise en commun de leur apport, ou a été convenue par eux, et ceux acquis par l'emploi de sommes indivises pendant que subsiste le contrat de société.	**Art. 1872** À l'égard des tiers, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société. Sont réputés indivis entre les associés les biens acquis par emploi ou remploi de deniers indivis pendant la durée de la société et ceux qui se trouvaient indivis avant d'être mis à la disposition de la société. Il en est de même de ceux que les associés auraient convenu de mettre en indivision. Il peut en outre être convenu que l'un des associés est, à l'égard des tiers, propriétaire de tout ou partie des biens qu'il acquiert en vue de la réalisation de l'objet social.
Art. 2253 Chaque associé contracte en son nom personnel et est seul obligé à l'égard des tiers. Toutefois, lorsque les associés agissent en qualité d'associés à la connaissance des tiers, chaque associé est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations résultant des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres associés.	**Art. 1872-1** Chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers. Toutefois, si les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers, chacun d'eux est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres, avec solidarité, si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. Il en est de même de l'associé qui, par son immixtion, a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard, ou dont il est prouvé que l'engagement a tourné à son profit. Dans tous les cas, en ce qui concerne les biens réputés indivis en application de l'article 1872 (alinéas 2 et 3), sont applicables dans les rapports avec les tiers, soit les dispositions du chapitre VI du titre I[er] du livre III du présent code, soit, si les formalités prévues à l'article 1873-2 ont été accomplies, celles du titre IX *bis* du présent livre, tous les associés étant alors, sauf convention contraire, réputés gérants de l'indivision.
Art. 2254 Les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes contractées dans l'exercice de leur activité, à moins que celles-ci n'aient été contractées pour le service ou l'exploitation d'une entreprise commune; ils sont tenus envers le créancier, chacun pour une part égale, encore que leurs parts dans la société soient inégales.	

S'il est possible de constater que les hypothèses d'indivision de biens mises à la disposition de l'activité commune sont semblables dans les deux législations, la comparaison permet toutefois de constater l'ambiguïté qui règne en droit québécois quant au régime juridique devant prédominer : celui de la société ou de l'indivision? En droit français, le législateur prend clairement position en faveur de l'application du régime de l'indivision à l'égard des tiers : «Les indivisions sont, désormais, plus structurées que les sociétés en participation […]. Les règles précises de l'indivision s'introduisent dans les lacunes des situations moins structurées que sont ces sociétés. De surcroît, les dispositions relatives à ces types de sociétés sont supplétives […], alors que celles qui concernent l'indivision sont impératives[84]».

À l'article 1872-1 *C.c.f.*, le législateur français précise encore que tous les associés sont réputés gérants de l'indivision. En l'absence de disposition semblable, peut-on conclure avec une «certitude» raisonnable que le régime de l'indivision viendra damer le pion à celui des sociétés dans le même cadre que le droit français? En d'autres termes, existe-t-il, en droit québécois, compte tenu du libellé actuel du *Code*, un risque de chevauchement entre les régimes?

Nous ne le croyons pas. Le deuxième alinéa de l'article 2252, en prévoyant l'indivision comme mode de détention des biens, constitue une alternative à la règle prévue au premier alinéa en vertu de laquelle chaque associé demeure propriétaire de ses biens. D'ailleurs, l'emplacement même du texte dans le *Code* milite en faveur de cette interprétation. Deux interrogations demeurent toutefois : les conséquences engendrées par la présence d'une masse de biens indivis sur le caractère occulte ou ostensible de la société (1.), de même que sur l'étendue du gage des créanciers (2.).

1. La corrélation entre la révélation de la société et l'existence d'une masse indivise

La société en participation est un groupement contractuel qui, par essence, n'a aucune existence à l'égard des tiers. Par conséquent, les biens demeureront la propriété privative de chacun des associés qui s'engageront personnellement, ou encore par l'intermédiaire d'un gérant, si telle est leur

84. F. Dekeuwer-Defossez, *supra* note 1 au n° 6.

volonté. La question est alors de savoir si une société en participation dont certains biens sont détenus en indivision par les associés peut conserver son caractère occulte. La réponse est importante lorsque l'on sait qu'une société dont l'existence est révélée[85] aux tiers offre un gage plus étendu aux créanciers : «lorsque les associés agissent en qualité d'associés à la connaissance des tiers, chaque associé est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations résultant des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres associés[86]».

En imposant cette sanction, le législateur a «voulu interdire aux participants de se comporter à l'égard du public comme s'ils étaient des associés ordinaires, c'est-à-dire comme s'ils disposaient d'un véritable pouvoir de représentation[87]». Dans la mesure où ils passent outre à cette règle et qu'ils portent l'existence de la société à la connaissance des tiers, la protection du public doit être assurée.

La révélation de la société en participation n'a donc pas pour effet de créer une nouvelle société avec un nouveau régime juridique pour les parties. La révélation a, en fait, une portée plutôt restreinte et ne doit être considérée que par rapport à certaines personnes qui auraient pu être informées du comportement des associés : «[l]'article [2253] vise seulement à protéger les tiers en réglementant les effets d'un certain comportement susceptible de faire naître dans leur esprit l'idée d'un engagement des participants. Or, ce comportement peut n'apparaître qu'aux yeux de certains tiers. Seuls ceux-ci méritent alors la protection légale[88]». Toute autre est la question quant à l'auteur de la révélation.

La révélation de la société doit ainsi résulter des associés et non de l'effet du hasard : «[s]i les tiers viennent à connaître l'existence de la

85. Pour certains, la notion de révélation aux tiers présente peu d'intérêt, car la vraie question est de savoir qui s'engage à l'égard des tiers : J. Vallansan et É. Desmorieux, *Société en participation et société créée de fait*, collection Pratique des affaires, Paris, GLN Joly, 1996 aux pp. 11, 48-49; C. St-Alary-Houin, *supra* note 16 au n° 24 aux pp. 663-664.
86. Art. 2253 *C.c.Q*.
87. X. Blanc-Jouvan, «La révélation aux tiers de la société en participation» (1959) Rev. trim. dr. com. 649 à la p. 663.
88. P. Petel, «La révélation aux tiers de la société en participation», [1987] J.C.P., *Actualités/«Droit et Gestion»*, 16369 au n° 3.

participation en l'absence de toute initiative d'un quelconque associé, il n'acquiert donc aucune action à l'encontre des participants qui n'ont pas personnellement traité avec eux[89]». Seul un comportement «d'associé» par la collectivité, peut justifier leur responsabilité. Certaines situations ne font aucun doute :

> Le ou les coassociés peuvent d'abord tous intervenir personnellement à l'acte, notamment en le signant. Ils s'engagent alors solidairement ou non aux côtés du gérant. C'est ce que réclament par prudence généralement les établissements de crédit. Les associés peuvent également donner mandat à l'un d'entre eux (au gérant) pour agir en leur nom. Dans ce cas, le gérant associé agit en son nom personnel mais également par représentation des coparticipants et à la condition de justifier de son pouvoir. Les coassociés ou certains d'entre eux peuvent également se faire immatriculer au registre [...] comme participants à une société en participation (cas de l'exploitation indivise d'un fonds de commerce). En pratique, ils se font alors inscrire sous l'appellation erronée de société de fait. Ils peuvent également se porter caution des engagements du gérant[90].

Les agissements d'un seul associé ne seraient donc pas suffisants pour provoquer une révélation au sens de l'art. 2253. Ces agissements ne seraient pas plus considérés que ceux d'un tiers qui, au fait de son existence, la dévoilerait. Il n'apparaît donc pas conforme à l'intention du législateur de permettre aux tiers de poursuivre tous les associés alors que la révélation ne dépend que de l'un d'eux[91].

L'expérience du droit français est extrêmement intéressante sur cette question. En France, avant 1978, le caractère occulte ou ostensible de la société en participation dépendait de l'existence d'une masse de biens indivis. La réforme de 1978 a abandonné cette corrélation entre la présence d'une indivision

---

89. *Ibid.* au n° 212,
90. J. Vallanson et É. Desmorieux, *supra* note 85 à la p. 49.
91. *Ibid.* aux pp. 48-49; Y. Guyon, *Droit des affaires*, 10e éd., t. 1, Paris, Economica, 1999 au n° 525; P. Petel, *supra* note 88; A. Picand L'Amezec, «L'obligation des associés en participation envers les tiers» (1990) Rev. soc. 567; Comm. 15 juill. 1987 : *Rev. soc.* 1988, 70; P. Didier [1988] J.C.P., II-Jurisprudence, 20958, note Petel; 13 janvier 1998, Rev. soc., 1998 à la p. 103, note P. Le Cannu.

et le caractère ostensible. Ainsi, le principal obstacle législatif ayant disparu, plus rien n'empêche – à tout le moins en théorie – une société en participation de manœuvrer avec une masse de biens indivis et d'éviter l'engagement financier de ses participants. La question est alors de savoir *comment* un tel montage est possible en conservant le caractère secret du groupement? Dans une étude impressionnante, effectuée au début des années 80, la professeure Françoise Dekeuwer-Defossez a démontré qu'il était «illusoire de penser qu'une société occulte puisse fonctionner avec des biens indivis[92]». Deux difficultés ont été principalement relevées par l'auteure : la publication de la convention d'indivision et l'influence de la masse indivise sur l'étendue des pouvoirs du gérant.

Concernant le premier point, il est clair qu'une difficulté peut se présenter si les associés-indivisaires ont conclu une convention d'indivision impliquant des immeubles. Il a déjà été souligné que, dans ce cas, pour respecter les règles de la publicité foncière[93], la convention devait être publiée. Toutefois, il demeure toujours possible pour les indivisaires de ne pas procéder à la publication et de conserver ainsi le caractère secret de la convention. Dans un tel cas, l'indivision conventionnelle portant sur l'immeuble sera inopposable aux tiers[94]. En matière mobilière, le problème ne se pose pas et le caractère occulte de la société pourra, à tout le moins en théorie, être conservé.

L'autre difficulté pouvant se présenter concerne la gestion de la société. En effet, dans l'hypothèse où la société n'a pas d'existence à l'égard des tiers, le danger est que l'associé-indivisaire engage les biens indivis au-delà de ce qui est prévu par la loi ou encore à la convention. Est-il nécessaire de le rappeler, à la différence du droit des sociétés où les associés bénéficient d'un pouvoir de représentation mutuelle[95], l'indivisaire ne peut vendre seul un bien parce qu'il ne lui appartient pas en totalité. Il aura donc besoin d'un mandat exprès, à défaut de quoi la vente pourra être considérée non valable pour l'excédent de la quote-

---

92. F. Dekeuwer-Defossez, *supra* note 1 au n° 10.
93. Art. 1014, 2938 al. 1, 2941 *C.c.Q.*
94. Art. 1014 *a contrario C.c.Q.*
95. Art. 2215 al. 1, 2219 *C.c.Q.*

part qu'il détient[96]. Les tiers qui auront contracté avec le gérant, ne connaissant pas l'existence de la société, n'auront pu vérifier l'étendue de ses pouvoirs et, par conséquent, pourront faire face à une contestation de l'acte. À cet égard, la combinaison d'une indivision à une société en participation occulte altère le régime juridique des sociétés à l'égard des tiers et engendre ainsi une diminution du régime de protection[97].

2. L'étendue du gage des créanciers

Tel qu'il a déjà été expliqué, en matière de copropriété par indivision, il ne saurait être question de transfert ou de mutation en faveur d'une autre entité. Néanmoins, il faut reconnaître qu'il se forme en la matière une universalité consacrée en quelque sorte à l'indivision. Le premier alinéa de l'article 1035 *C.c.Q.* prévoit en effet que «les créanciers dont la créance résulte de l'administration sont payés par prélèvement sur l'actif , avant le partage». Il existe ainsi deux catégories de créanciers : ceux dont la créance résulte de l'indivision et les créanciers personnels des indivisaires. Un statut particulier est donc conféré aux biens composant l'actif de l'indivision. Ce qui amène à conclure qu'il existe en la matière une division du patrimoine telle qu'envisagée par le Code à l'article 2 al. 2 *C.c.Q.*

Un tel gage préférentiel n'existe pas dans le cadre d'une société en participation. Cette dernière est, par essence, dénuée de patrimoine. Les apports – nous l'avons déjà mentionné – ne sont pas translatifs de propriété, ils sont seulement mis à la disposition de la société ou encore du gérant[98]. Cette absence de patrimoine se verra toutefois atténuée par la superposition au contrat de société d'une indivision. Les sociétés en participation tendront alors à ressembler aux sociétés en nom collectif. Il y aura affectation de biens à un but commun et les créanciers de l'indivision bénéficieront ainsi d'un véritable droit de priorité par rapport aux créanciers personnels des associés : «Les sociétés en

---

96. *Curateur public du Québec* c. *Barbeau*, [1985] C.P. 142; *Dostie* c. *Caisse populaire de Sherbrooke-Est*, [1990] R.D.I. 840 (C.S.). Le principe est le même en cas d'hypothèque : *Sigouin* c. *Éthier-Beauchamp*, [1978] C.A. 387; *Gagnon* c. *Paquette*, [1988] R.D.I. 202 (C.S.).
97. N. N. Antaki et C. Bouchard, *supra* note 48 à la p. 391.
98. N. Decoopman, «La notion de mise à disposition» (1981) Rev. trim. dr. civ. 300 à la p. 312 et s.

participation ostensibles fonctionnant au moyen de biens indivis tendent à ressembler à des sociétés civiles ou en nom collectif : on y retrouve la même affectation d'un patrimoine, les mêmes organes, le même caractère ostensible[99]».

Ceci étant, le droit de priorité des créanciers trouve son fondement dans l'existence d'une indivision. La société n'étant pas propriétaire des biens indivis, rien ne fait obstacle à ce que des indivisaires puissent demander le partage avant la dissolution de la société[100]. En effet, l'indivision demeure soumise à l'article 1030 *C.c.Q.*[101]. La seule alternative dans ce cas demeure donc la convention d'indivision reportant l'exercice du droit de demander le partage.

Les précédents développements ont ainsi permis de constater que pour faire bon ménage avec l'indivision, l'organisation d'une société en participation doit être supportée par une convention permettant d'atténuer la trop grande fragilité du régime légal de l'indivision.

Conclusion

Le présent travail aura essentiellement permis de constater l'évolution du droit des groupements. Plusieurs alternatives s'offrent désormais aux personnes qui désirent exploiter une entreprise hors du cadre de la personnalité morale. La société de personnes et l'indivision font aujourd'hui, contre toute attente, partie du même camp! Le législateur a, en effet, rapproché étroitement les institutions, à tel point qu'il peut être extrêmement difficile de distinguer entre une société en participation et une indivision organisée. D'autant plus, qu'une société en participation peut même aujourd'hui fonctionner avec un patrimoine indivis.

Cette abolition des frontières entre les groupements remet toutefois en question le système de distinction traditionnel. Le rempart de la personnalité morale disparu, quel critère de qualification peut rendre compte avec justesse

---

99. F. Dekeuwer-Defossez, *supra* note 1 au n° 52.
100. En France, l'article 1872-2 du *Code civil* dispose qu'aucun associé ne peut demander le partage tant que la société n'est pas dissoute.
101. On pourrait peut-être s'opposer au partage en invoquant l'affectation du bien à un but durable si l'existence d'un tel but est démontrée dans le cadre d'une société. Voir sur cette question, L. Laflamme, *supra* note 22 à la p. 158.

de la réalité des entités? En fait, la dynamique de la société se distingue de l'état statique de l'indivision, même organisée, par l'esprit de collaboration qui fonde le contrat de société. C'est en ce sens que l'autonomie des techniques juridiques peut encore être maintenue.

L'abolition des frontières entre la société et l'indivision permet aussi d'assister à l'éclosion d'une nouvelle technique juridique lorsqu'une indivision est superposée à une société en participation. Cette société se voit alors dotée d'une certaine individualité juridique, que ne détenait pourtant aucune des deux institutions d'origine. L'évolution est importante. Si à une époque l'efficacité d'un groupement se mesurait par la détention de la personnalité morale, tel n'est plus le cas aujourd'hui. Le dynamisme de l'action collective dépasse largement le cadre de la personne morale. La société en participation et l'indivision en constituent des preuves éclatantes!